

A Aplicação Analógica da Lei Maria da Penha

Rodrigo Bossi de Pinho

Delegado da Secretaria de Segurança do Estado de Minas Gerais. Ex-aluno da EMERJ.

Recentemente, tivemos a oportunidade de publicar artigo acerca das questões controvertidas inauguradas pela ainda novel legislação de tutela dos interesses de mulheres em situação de violência doméstica: a tão combatida e não menos aclamada “Lei Maria da Penha”. Naquele texto, tentamos esclarecer algumas dúvidas que envolvem a possibilidade do emprego do procedimento sumaríssimo e da exigência de representação da ofendida para a ação penal nos casos de lesões corporais ocorridas no âmbito familiar.

Na época, fizemos menção à possibilidade de aplicação da Lei 11.340/06 em hipóteses outras, além daquelas de violência de gênero nas relações domésticas ou familiares, cuja tutela a referida legislação surgiu especificamente para regular. Apoiei minha justificativa no chamado *poder geral de cautela*, reconhecido pelo processo civil ao magistrado, na forma do artigo 798 do Código de Processo Civil.¹

No presente trabalho, busco, portanto, fazer um aprofundamento nas questões relativas ao emprego analógico da Lei, tanto em hipóteses de violência dentro do âmbito familiar, quanto fora dele, bem como além das relações *homem x mulher*, situação em que esta é parte hipossuficiente.

¹ PINHO, R. B. “Questões controvertidas sobre a Lei Maria da Penha: Procedimento sumaríssimo e representação da vítima”. *Revista da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro*, Rio de Janeiro, v. 11, n. 42, p. 176-186, 2008.

1. DA CONSTITUCIONALIDADE DA LEI MARIA DA PENHA

Publicada a Lei 11.340/06, os mais afoitos apressaram-se a atribuir-lhe a pecha da inconstitucionalidade. Alegavam que a Lei, ao tutelar os interesses das mulheres, ofendia o princípio da isonomia, alheios ao fato de que a razão de existência mesma da lei é dar efetividade a esse princípio.

O fundamento da lei é a hipossuficiência, que torna desproporcional a relação entre homens e mulheres. De fato, a desigualdade é natural nas relações humanas e, a propósito, nas relações entre todos os animais. A igualdade, a seu turno, é racional. Afastamos as desigualdades à medida que exercitamos a razão, por isso, quanto mais evoluída é uma sociedade, menores são as desigualdades sociais. Até certo ponto, as desigualdades são positivas, e o limite que cerceia o abuso é exatamente ter a dignidade da pessoa humana como valor inexorável. A partir desse pressuposto, conclui-se que a hipossuficiência deve ser tutelada quando relega o cidadão a uma condição indigna.

Ninguém deixaria de reconhecer a ofensa ao princípio da dignidade da pessoa humana na situação de uma mulher submetida a toda sorte de abusos por parte de seu companheiro, sem qualquer amparo social ou legal, e, conseqüentemente, reconhecer a inconstitucionalidade da omissão legislativa no tocante a uma norma protetiva do interesse de mulheres nessa situação. Editada a referida norma, como pode ser ela inconstitucional? A Lei Maria da Penha é constitucional justamente porque efetiva o princípio da igualdade, minimizando a equação das forças nas relações humanas e elevando a mulher hipossuficiente a um mínimo existencial de dignidade.

Inconstitucionalidade, portanto, não pode ser reconhecida na existência de lei que tutela os interesses de mulheres. Contudo, a inconstitucionalidade surge quando passamos a negar a ampliação dos efeitos dessa lei a outros casos de desigualdade de forças nas relações humanas que submetem uns ao alvedrio de outros, abaixo de um patamar mínimo de dignidade.

Ora, a criança, o idoso, o deficiente físico ou mental não se diferem da mulher em situação de hipossuficiência. Até mesmo o homem adulto e saudável pode se encontrar nessa situação, pois hipossuficiência não é mensurável objetivamente e, logo, lei nenhuma pode prever quem é o sujeito hipossuficiente. O que a lei faz é supor que alguém, em uma determinada situação, pode ser considerado hipossuficiente. E justamente porque a lei não pode prever tudo é que surgem as lacunas, que devem ser supridas pela integração.

Dessa forma, o que seria inconstitucional é a negação da integração da norma, o óbice a sua aplicação analógica aos casos semelhantes, por ela não expressamente abarcados, e não a sua mera existência. Extirpar a lei do ordenamento seria muito mais inconstitucional.

A jurisprudência mineira vem corroborando esse entendimento. De acordo com o voto de lavra do Exmo. Desembargador do TJMG, relator no recurso de n.º 1.0672.06.225305-5/001(1), Dr. Judimar Biber, “a inconstitucionalidade por discriminação propiciada pela Lei Federal 11.340/06 (Lei Maria da Penha) suscita a outorga de benefício legítimo de medidas assecuratórias apenas às mulheres em situação de violência doméstica, quando o art. 5º, II, c/c art. 226, § 8º, da Constituição Federal não possibilitaria discriminação aos homens em igual situação, de modo a incidir em inconstitucionalidade relativa, em face do princípio da isonomia. Tal inconstitucionalidade, no entanto, não autoriza a conclusão de afastamento da lei do ordenamento jurídico, *mas tão somente a extensão dos seus efeitos aos discriminados que a solicitarem perante o Poder Judiciário*, caso por caso. Não é, portanto, possível a simples eliminação da norma produzida como elemento para afastar a análise do pedido de qualquer das medidas nela previstas, porque o art. 5º, II, c/c art. 21, I e art. 226, § 8ª, todos da Constituição Federal se compatibilizam e se harmonizam, propiciando a aplicação indistinta da lei em comento tanto para mulheres, quanto para homens em situação de risco ou de violência decorrentes da relação familiar.”

2. O CONTEÚDO DA LEI 11.340/06, SUA NATUREZA JURÍDICA E O INSTITUTO DO *RESTRAINING ORDER* DO DIREITO ANGLO-SAXÃO

No dia 30 de outubro de 2008, a revista *Consultor Jurídico* publicou matéria titulada “Lei Maria da Penha é Aplicada para Proteger Homem”. A matéria noticiou a decisão de magistrado do Juizado Especial Criminal Unificado de Cuiabá, que concedeu medidas protetivas de urgência ao ofendido, em desfavor da mulher, aplicando analogicamente a Lei 11.340/06, ao seguinte fundamento: “não podemos aplicar a lei penal por analogia quando se trata de norma incriminadora, porquanto fere o princípio da reserva legal”, mas, “não quer dizer que não podemos aplicá-la *in bonam partem*, ou seja, em favor do réu quando não se trata de norma incriminadora, como prega a boa doutrina”².

A primeira questão que se apresenta tormentosa ao hermenêuta no tratamento da Lei 11.340/06 é a definição da natureza jurídica da norma. Sua definição, por mais simples que isso possa parecer, tem influência direta sobre diversos aspectos controvertidos acerca de sua aplicação, notadamente no que tange à integração do direito. A decisão acima é exemplo pontual disso. A Lei 11.340/06, deve-se deixar bem claro isso *ab initio*, é norma processual. O ponto em que se quer chegar com essa afirmação é simples, ela traz norma adjetiva, não é material em seu sentido estrito, nem, muito menos, “norma penal incriminadora”.

Essa lei define o que configura violência doméstica ou familiar contra a mulher e as suas formas, ou seja, a hipótese de sua incidência. Logo após, passa a tratar de matérias processuais, inclusive o atendimento pela autoridade policial e disposições gerais acerca do procedimento. Feito isso, ela ingressa em um campo eminentemente cautelar, trazendo as *medidas protetivas de urgência que obrigam o agressor, arroladas no art. 22, e as medidas protetivas de urgência à ofendida, nos artigos 23 e 24*.

Primeiramente, deve-se deixar bem claro que é exatamente essa parte da lei que dispõe acerca das medidas protetivas a que todo este trabalho se refere. De fato, a lei traz previsões de cunho

² <http://www.conjur.com.br/static/text/71290,1>.

material na única parte que alterou o Código Penal. Não se cogita sobre a aplicação analógica de tais previsões, não somente porque a estrita legalidade não permite, mas, principalmente, porque tais normas não existem por si sós. Se uma norma surge e aumenta uma pena do Código, o que vale é este último, não a lei que o alterou.

A maior parte dessas medidas já era prevista na legislação pátria em diplomas normativos diversos, como os alimentos provisionais, mas outras medidas protetivas que a lei arrola jamais foram positivadas na legislação até a sua edição. Nesses casos, o que fez a Lei foi importar para o Brasil um instrumento cautelar já há muito conhecido no direito comparado como ***Restraint Order***, ***Restraining Order***, ou ***Order of Protection*** - várias denominações para uma mesma forma de medida cautelar.

No direito australiano, de acordo com a Divisão Criminal da Corte de Magistrados da Tasmânia, ***Restraint Order*** é “uma ordem de uma corte, que pode restringir o contato entre pessoas ou impor condições ao seu comportamento”. Tal ordem é dada quando um juiz reconhece a existência de “risco de violência física contínua, comportamento ameaçador, dano à propriedade, invasão de domicílio etc.”. Pode ser de duas espécies: a) “***Interim (temporary) Orders***: em casos urgentes, uma ordem temporária pode ser decretada pelo magistrado mesmo antes de ouvido o réu. Uma ordem temporária usualmente mantém-se válida até a próxima audiência ou pelo prazo que o juiz considerar apropriado” e b) “***Final Orders***: tais ordens podem ser decretadas após a citação em audiência, de ofício, ou mediante pedido ou acordo das partes”³.

A seu turno, o direito norte-americano define ***Restraining Order*** como “um comando da corte decretado após o ajuizamento de uma ação de ***Injunction***, proibindo o réu da prática de qualquer ato ameaçador até que a audiência possa ser realizada”. ***Injunction***, por sua vez, “é uma ordem judicial pela qual um indivíduo é obrigado a praticar um ato em particular ou é proibido de fazê-lo; ordena a prática de um ato que a corte entende

³ http://www.magistratescourt.tas.gov.au/divisions/criminal_and_general/restraint_orders (versão do tradutor).

como essencial à justiça, ou proíbe um ato considerado contrário à “boa consciência”⁴.

Podemos observar que, tanto no exemplo australiano quanto no americano, os institutos têm natureza, guardando as suas próprias características, ora de medida cautelar, ora de antecipação de tutela.

No direito norte-americano, a *Restraining Order* também se subdivide em temporária e permanente, sendo esta última decretada *inaudita altera pars*, necessária em função da celeridade. A ordem permanente, conhecida por *Order of Protection* ou *Protective Order*, é dada usualmente em casos em que a parte está sendo molestada, perturbada, importunada. As duas formas podem ser utilizadas antes ou durante o processo de *Injunction*; ou mesmo independentemente da existência do processo, cuja natureza é comparável, em alguns casos, à da tutela específica do direito pátrio, podendo, portanto, ter cunho material.

Ressalte-se que, de acordo com a doutrina estadunidense, “a *Restraining Order* pode ser utilizada em uma vasta gama de situações, inclusive em disputas trabalhistas, quebra de patentes, importunações de toda sorte, além de em abuso doméstico e em causas de família”⁵.

A Lei Maria da Penha, a seu turno, colocando-se de uma forma mais didática, nada mais fez que arrolar várias medidas cautelares, tanto as já previamente existentes em nosso universo jurídico, quanto as oriundas da doutrina alienígena, sob a denominação de Medidas Protetivas de Urgência.

Aonde se quer chegar com essa explanação? Pretende-se destacar que, mesmo no que tange à matéria não anteriormente positivada na legislação pátria, o conteúdo da lei tem natureza processual, notadamente, cautelar. Ela não pode ser considerada lei penal em sentido estrito, como querem alguns, já que somente poderia ser “chamada” de lei penal no tocante à competência para

⁴ <http://legal-dictionary.thefreedictionary.com/Restraining+Order> e <http://legal-dictionary.thefreedictionary.com/Injunction> (versão do tradutor).

⁵ Ob. Cit.

a sua aplicação - diga-se de passagem, a competência que a própria lei traz, pois, conforme demonstraremos, ela tem uma aplicação muito mais ampla, extrapolando a esfera criminal. Menos ainda, frisamos, poderia ser considerada norma penal incriminadora. Logo, a conclusão a que chegamos é a de que nada impede a sua aplicação analógica, mesmo porque, conforme já demonstramos, negar a sua aplicação analógica tornaria a lei inconstitucional, por ofensa ao princípio da isonomia.

3. O PODER GERAL DE CAUTELA DO JUIZ E AS MEDIDAS PROTEATIVAS DE URGÊNCIA

A par das medidas cautelares típicas ou nominadas, previstas no Código de Processo Civil em seu artigo 813 e seguintes, além de outros diplomas, de acordo com o artigo 798 do CPC, “poderá o juiz determinar as medidas provisórias que julgar adequadas, quando houver fundado receio de que uma parte, antes do julgamento da lide, cause ao direito da outra lesão grave e de difícil reparação”. É o que a doutrina costumou chamar Poder Geral de Cautela. Arremata o Código, em seu artigo seguinte, dispondo que “poderá o juiz, para evitar o dano, autorizar ou vedar a prática de determinados atos, ordenar a guarda judicial de pessoas e depósito de bens e impor a prestação de caução” (art. 799).

Na lição do insigne professor Alexandre Freitas Câmara, “o poder geral de cautela é, portanto, um poder atribuído ao Estado-Juiz, destinado a autorizar a concessão de medidas cautelares atípicas, assim compreendidas as medidas cautelares que não estão descritas em lei, toda vez que nenhuma medida cautelar típica se mostrar adequada para assegurar, no caso concreto, a efetividade do processo principal. Trata-se de poder que deve ser exercido de forma subsidiária, pois que se destina a completar o sistema, evitando que fiquem carentes de proteção aquelas situações para as quais não se previu qualquer medida cautelar típica”⁶.

⁶ CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de Direito Processual Civil*. 11. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, v. 3, p. 49.

Suponhamos, então, o seguinte caso hipotético: Edna, em processo de separação litigiosa de Orlando, vem sendo perseguida por este de forma constante. Em tais oportunidades, ela é molestada moralmente com toda sorte de injúrias, em todos os locais que frequenta, seja no seu trabalho ou mesmo durante as horas de lazer, já tendo sido ofendida fisicamente no interior de um shopping center, na presença de todos os transeuntes do local. Várias ocorrências foram registradas, sem que qualquer ação fosse tomada pelas autoridades competentes, e Orlando insiste em continuar molestando a ex-esposa, certo de que o pior que poderia lhe acontecer é ser chamado ao Juizado Especial para uma transação.

Fosse pela primeira parte do fato citado, o leitor não faria ideia de quando o fato ocorreu; exemplos como esse aportam nas delegacias todos os dias. É a parte final que leva o leitor a concluir ser o exemplo recente, porém anterior à Lei 11.340/06, uma vez que, após o advento desta, as consequências para Orlando seriam muito mais gravosas.

Pois bem, Edna junta petição no processo de separação, na qual explica ao magistrado a penúria que vem enfrentando e comprova, de maneira inequívoca, as agressões que vem sofrendo. Ela pede ao magistrado que lhe seja deferida uma medida cautelar suficiente para afastar seu ex-marido de sua vida, para que ele mantenha distância de sua pessoa, lhe proporcionando paz de espírito.

Ninguém, antes do advento da Lei Maria da Penha, se ariscaria a dizer que tal medida seria uma cautelar inominada e, logo, seria hipótese de aplicação do Poder Geral de Cautela do magistrado. Se o pedido seria deferido, é precário afirmar, mas não existiria óbice ao seu deferimento. Tal pedido poderia ser feito por qualquer pessoa, em qualquer situação. Fosse um senhor idoso, constantemente agredido pelo seu vizinho, o pedido seria possível; fosse um incapaz, sob o jugo de seu curador, não seria diferente; nem mesmo o trabalhador do campo, explorado pelo patrão, fugiria à regra.

Voltando ao nosso exemplo, para a sorte de Edna, surge uma nova legislação que tutela os interesses de mulheres em situação

de violência familiar. Ela imagina: “já ia mesmo pedir ao juiz a medida cautelar nominada. Mais fácil ficou agora, vez que a medida está prevista no artigo 22, inciso III, alínea ‘a’ da Lei 11.340/06”. Passou ela, portanto, a ser nominada. “Está tudo garantido”, conclui. Ela peticiona ao juiz do processo de separação, requerendo a aplicação analógica da lei ao seu caso, e o magistrado nega, declarando-se incompetente e ainda sugerindo que tal pedido deveria ser feito a um juiz com competência criminal. Tal qual Edna, o idoso, o incapaz e o trabalhador também sequer têm seus pedidos apreciados.

Seguindo o mesmo raciocínio, analisamos o seguinte caso. Anastácia, senhora idosa e aposentada, moradora de um aglomerado, tem uma filha de 35 anos, Alzira, alcoólatra e drogada, que a agride todos os dias, exigindo-lhe as parcas economias para a compra de *crack*. A Sra. Anastácia, não suportando mais aquela situação, registra uma ocorrência contra a própria filha e solicita ao delegado que elabore o pedido cautelar de aplicação da Lei Maria da Penha em seu favor. O delegado explica àquela senhora que a Lei não contempla o seu caso, simplesmente porque o agressor não é homem.

O que mudou com o advento da Lei Maria da Penha? A norma arrolou, conforme tivemos oportunidade de salientar, medidas cautelares já existentes no ordenamento pátrio e positivou outras tantas, que antes eram tratadas como inominadas e perfeitamente passíveis de aplicação, utilizando-se o Poder Geral de Cautela do juiz. Além disso, em seu art. 33, a Lei atribui a competência cível às *varas criminais* para o julgamento das causas decorrentes da prática de violência doméstica e familiar contra mulher. É isso o que vem dando azo a todo tipo de inconsistências interpretativas e integrativas.

Parece haver, com a devida vênia, um descaso interpretativo generalizado ao se cuidar da matéria. É mais fácil indeferir pedidos ou declarar-se incompetente, do que enfrentar o problema, chamar para si a responsabilidade pela inovação. Ora, se antes da lei as medidas já existiam, fossem elas nominadas ou inominadas, e podiam ser deferidas, porque então negar deferimento ao pedi-

do? Unicamente porque o requerente pediu a aplicação analógica da lei? Não parece assistir razão ao raciocínio.

Temos em vista que a melhor solução para essa questão, ultrapassada a inevitável conclusão de ser possível a aplicação analógica da Lei em função da sua natureza, deve vir do estudo de casos concretos. Acreditamos, sinceramente, já ter demonstrado fundamentos suficientes para essa conclusão. Resta, agora, analisar quem, quando, onde e como a analogia pode ser aplicada e assim o faremos, mediante a análise de grupos de casos que diuturnamente chegam ao conhecimento da autoridade policial.

4. O ESTUDO DOS GRUPOS DE CASOS

Toda norma pode servir a interesses legítimos como, também, a escusos propósitos. A Lei Maria da Penha não foge a esse padrão. Muitas requerentes têm se valido das prerrogativas da Lei para provocar transtornos ou intimidar ex-consortes. Muitos casos, inclusive corriqueiros, são motivados por ciúmes. A esses casos em que a mulher se utiliza da Lei de forma abusiva, apenas para fins didáticos, dá-se o nome de inversão. São hipóteses que seriam englobadas pela Lei 11.340/06 como situações de violência doméstica, não fosse por uma singela diferença: não é a mulher a parte hipossuficiente, mas o homem. São eles as verdadeiras vítimas na relação. Com efeito, casos há em que o homem é parte hipossuficiente, seja por uma desproporção física ou mesmo psicológica, ou ainda por qualquer deficiência do sujeito passivo. Nessas hipóteses, a mulher é quem se apresenta como agressora, enquanto o homem é ofendido.

Nesse contexto, advindo a agressão de uma relação afetiva qualquer, mesmo que temporária e finda, estaria configurada uma relação doméstica ou familiar, ainda que não tenha ocorrido contra mulher. Ao que tudo indica, a lei não afasta a condição de violência doméstica ou familiar da hipótese apenas pela circunstância de a parte ofendida ser homem. Muito pelo contrário, quando a norma altera, em seu art. 44, a previsão acerca das lesões corporais do art. 129, § 9º, do Código Penal, expressamente inclui o homem.

Não resta dúvida de que a Lei Maria da Penha atribuiu competência ao juiz criminal para o julgamento das ações cíveis advindas da prática de violência doméstica e familiar *contra a mulher*. A questão seria, então, aferir a possibilidade de o homem requerer medidas protetivas no juízo criminal, por analogia. Entendemos que é possível. A Lei não proibiu, e vimos que é perfeitamente possível a sua aplicação analógica, uma vez que a norma tem natureza processual, cautelar, e não material, penal, incriminadora. Além da inevitável conclusão de que, acaso não fosse possível a analogia, haveria ofensa ao princípio da isonomia.

E não menos verdadeira é a assertiva de que a Lei não deu caráter de exclusividade à competência das varas criminais, apenas apontou que, daquela data em diante, as varas criminais *acumulariam* a competência cível, pois obviamente a criminal é exclusiva. Andou mal a lei no que tange à expressão “acumulariam”, pois ela pode levar o leigo a entender que as varas cíveis também teriam competência criminal, o que seria inimaginável.

Logo, é forçoso concluir que as varas cíveis continuam competentes para o julgamento das causas cíveis advindas da prática de violência familiar contra a mulher. Seria um absurdo conceber a ideia de que toda ação indenizatória oriunda da prática de violência doméstica contra a mulher tivesse que ser encaminhada ao juízo criminal.

Diante disso, também o homem tem o direito de requerer medidas protetivas no juízo cível, seja na forma de aplicação analógica da Lei à sua hipótese, seja - dando-se o nome que se queira - seja na forma de uma cautelar inominada, pois ou se entende que é possível a analogia ou, então, é inominada a medida. Dessa forma, estariam incluídas na mesma linha de raciocínio interpretativo todas as hipóteses de violência doméstica cujo sujeito passivo, hipossuficiente, seja do sexo masculino: o idoso, o deficiente físico ou mental etc..

O Tribunal de Justiça de Minas Gerais vem sinalizando nesse sentido, conforme o citado acórdão ao qual remetemos o leitor, ao menos no que tange à extensão de medida protetiva. Nesta, deferidas as medidas protetivas para a mulher vítima de violência do-

méstica, o homem requer a extensão das mesmas medidas em seu benefício, mais precisamente, aquela que ordena o afastamento do agressor da ofendida (***Restraining Order***). O acórdão, contudo, não vem sendo acompanhado pelos juízes de primeiro grau, o que comprova a tese de que os desembargadores apresentam posições mais vanguardistas, que as dos juízes.

Poderá haver também, e efetivamente há, situações em que a desigualdade ofensiva à dignidade da pessoa humana ocorra entre pessoas do mesmo sexo. O segundo exemplo citado, na verdade, é uma situação real vivenciada em nosso cotidiano policial. Acreditamos que o caso cai em uma mesma vala comum na qual se encontra a inversão, ou seja, a Sra. Anastácia, personagem do segundo exemplo, poderá requerer, perante a autoridade policial, as medidas protetivas de urgência em desfavor de sua filha, para que sejam apreciadas por um juiz criminal, ou poderá fazer o mesmo perante um juízo cível.

Negar proteção à mulher em uma situação de hipossuficiência ofensiva à sua dignidade, advinda de uma relação doméstica ou familiar com outra mulher, é negar a própria isonomia. Se a lei, à guisa de exemplo, garante proteção à figura feminina de um casal heterossexual, deve também tutelar o interesse da mulher hipossuficiente em uma relação homossexual. Logo, se essa mulher procura a delegacia ou o juízo criminal para buscar medidas em desfavor de sua companheira, filha, mãe, irmã etc., deverá ter o seu pedido deferido.

Nesse mesmo sentido, acreditamos ser também possível ao homem hipossuficiente ver deferido a seu favor medidas protetivas requeridas em face de outro homem em virtude da prática de violência doméstica ou familiar. É o caso, também já vivenciado, do pai que agride desarrazoada e insistentemente o próprio filho sob poder familiar.

Recentemente, tivemos a oportunidade de analisar uma ocorrência policial em que o marido havia agredido a esposa. O filho adolescente interveio em benefício da mãe e também foi surrado. Ele nos disse que não mais suportava as constantes agressões contra sua genitora, e que ela nunca tomava nenhuma providência.

Ele também era ocasionalmente agredido. Por sorte, dessa feita, a esposa, tomando as dores do filho, representou e requereu medidas protetivas contra o marido, o que veio beneficiar o filho. Ausente a iniciativa da mãe, mesmo acreditando ser possível a aplicação analógica da Lei ao caso do filho, sabíamos de antemão da pouca probabilidade de deferimento de um pedido nesse sentido.

Em suma, entendemos ser perfeitamente possível a aplicação analógica da Lei, tanto no juízo criminal, quanto no cível, nas causas advindas de violência doméstica, mesmo não sendo a mulher a ofendida, como nas hipóteses de inversão, bem como nas relações de mesmo gênero, seja ele feminino ou masculino.

5. DAS HIPÓTESES DE VIOLÊNCIA FORA DO ÂMBITO FAMILIAR OU DOMÉSTICO

Discutimos acerca da constitucionalidade da Lei 11.340/06. Vimos que uma das maneiras de adaptá-la de forma a atender melhor nossa Constituição seria considerar a possibilidade de sua aplicação analógica a outros casos de violência doméstica ou familiar, além daqueles que têm a mulher por sujeito passivo. Observamos também que quando cogitamos a aplicação analógica da lei, estamos tratando dos dispositivos referentes às medidas protetivas de urgência, de cunho cautelar e, portanto, perfeitamente passíveis de serem utilizados na integração.

Trataremos agora de estender os efeitos da Lei além do ambiente doméstico e familiar. Suponhamos o seguinte caso: Antônio deve dinheiro a Nestor, em virtude de um contrato de compra e venda de um veículo. Ocorre que Antônio vem enfrentando sérias dificuldades financeiras, não dispondo de recursos para o pagamento. Em razão disso, Nestor vem constrangendo e ameaçando Antônio, tendo contratado, inclusive, dois “brutamontes” para cuidar da cobrança. Seria possível Antônio requerer a aplicação das medidas protetivas arroladas pela Lei Maria da Penha a seu favor?

Acreditamos que sim. Cremos ser perfeitamente possível, uma vez que já seria, mesmo antes do advento da Lei, pelo menos no juízo cível. Ocorre que a mera sugestão de emprego analógico

da Lei parece causar certo desconforto ao juiz de primeiro grau. O desconforto é justificável, a regra é a aplicação de uma lei a um caso concreto, o processo de integração é exceção. Se a utilização analógica da lei, no juízo criminal, a um caso de violência doméstica em que o sujeito passivo é homem já encontra resistências de todos os lados, com muito mais razão haveria de encontrar também no juízo cível.

Não obstante, conforme alhures exposto, a resistência não se sustenta. Não se pode atribuir qualidade “penal” a uma norma em função da sua vestimenta - a lei. A natureza da norma jurídica contida na Lei Maria da Penha, cuja aplicação analógica se cogita, é processual, cautelar, portanto, não se proíbe a analogia.

O processo, por sua vez, deve acompanhar o ritmo dos tempos e o vem fazendo. Alterações vêm sendo introduzidas, tanto no processo civil, quanto no penal, com o principal objetivo de trazer efetividade a direitos. Por um lado, no processo civil, o juiz já dispunha do Poder Geral de Cautela e, portanto, poderia deferir qualquer medida que julgasse necessária e proporcional para afastar a lesão ou o perigo de lesão a um direito. Por outro, no processo penal, a Lei atribuiu competência cível ao juiz criminal justamente para a aplicação das medidas protetivas. Consequentemente, tanto em um juízo quanto em outro, negar a aplicação analógica da lei, além de ser inconstitucional por ofensa à isonomia, fere essas mesmas diretrizes, que motivam a evolução do processo.

Assim, se o nosso personagem Antônio procura a autoridade policial para registrar uma ocorrência pelo constrangimento que vem sofrendo, deve o Estado, além de providenciar a apuração do fato criminoso e punir o infrator, buscar o instrumento mais eficiente para fazer cessar o abuso. E se esse instrumento é o emprego analógico da Lei, que se faça justiça então.

O caso de Antônio é semelhante a outros diversos. A mulher assediada pelo chefe, o trabalhador constrangido em seu emprego etc., todos têm um denominador comum ao de Maria da Penha: encontram-se em uma condição de inferioridade em relação aos ofensores. Negar-lhes a proteção ao argumento de que a lei não previu as suas respectivas hipóteses é privilegiar a forma em pre-

juízo do direito material e, pior, em prejuízo do princípio reitor de todo o nosso ordenamento, a dignidade da pessoa humana.

6. CONCLUSÕES

6.1 A Lei Maria da Penha não é inconstitucional. Ela surgiu para tutelar os interesses da mulher hipossuficiente, dando efetividade ao princípio da dignidade da pessoa humana. Inconstitucional é negar ao cidadão, independentemente de sexo, parentesco ou afinidade, a sua aplicação analógica;

6.2 A natureza jurídica da Lei, na parte cuja aplicação analógica se questiona, é processual. Ela não tem natureza criminal, como afirmam alguns. Ela arrola medidas cautelares previamente existentes, como os alimentos provisórios, e positiva outras tantas, como as *Restraining Orders* do direito comparado;

6.3 Tratando-se de medidas cautelares, não se proíbe a sua utilização analógica para a integração do Direito. A aplicação dos seus preceitos já era possível na esfera civil antes do advento da Lei, seja como medidas cautelares nominadas ou inominadas, utilizando-se, quanto a estas, o Poder Geral de Cautela;

6.4 A Lei pode ser aplicada analogicamente nas mais variadas situações, independentemente do sexo da parte ofendida, da natureza da relação que originou a violência, ou da natureza da causa, se cível ou criminal, uma vez que negar a sua aplicação é ofender os princípios da isonomia e da dignidade da pessoa humana. 